(Ingresa a Sala el doctor Augusto Durán Martínez)

La Comisión de Educación y Cultura da la bienvenida al doctor Augusto Durán Martínez, a quien le habíamos solicitado una opinión sobre el proyecto de ley referente a protección de bases de datos personales.

Le agradecemos la presencia y le cedemos el uso de la palabra, a los efectos de que pueda ilustrarnos.

SEÑOR DURÁN MARTÍNEZ.- Muchísimas gracias.

En primer lugar, deseo agradecer a la Comisión por la invitación que se me formuló para brindar opinión sobre este proyecto de ley. Trataré de ser lo más breve posible, dada la hora en la que nos encontramos.

Considero que se trata de un proyecto de ley muy importante, dado el tema al que se aboca y al hecho de que aborda cuestiones muy delicadas. Sin duda, el avance de la nueva tecnología crea problemas y compromete o puede comprometer, el derecho a la privacidad, a la intimidad, a la autodeterminación informativa, libertad informática o derecho a la protección de datos personales, por repetir la distinta terminología que ha adoptado la doctrina. De manera que me parece bueno que se legisle sobre el tema, aunque se trata de un asunto delicado, porque la protección de este derecho puede provocar conflictos con otros derechos como la libertad de expresión o la libertad de empresa. El riesgo es tan grande que muchas de las Constituciones modernas lo han recogido expresamente y en aquellos países donde no se ha incorporado a la Constitución se lo ha incluido en la legislación. En nuestro país la Constitución nada dice expresamente, aunque por supuesto se puede entroncar este tema dentro de los derechos humanos, vinculándolo a los artículos 72 y 7º en lo que refiere a la protección jurídica, porque por lo menos en uno de los aspectos el honor está relacionado con este asunto.

Por otra parte, contamos con una ley que trata sobre esta materia, pero tiene un objeto acotado, a diferencia del proyecto que estamos considerando que es mucho más amplio; y, además, desde el punto de vista técnico está mejor redactado. De modo que desde ya anuncio, en términos generales, una opinión positiva y favorable a este proyecto de ley.

De todas maneras, tengo algunas observaciones que me interesa formular en esta Comisión, aunque son muy pocas y puntuales y repito que mi opinión, en términos generales, es muy favorable a esta iniciativa.

La primera observación que quiero realizar tiene que ver con el artículo 1º y es de carácter terminológico; me refiero al *nomen juris*. Derecho humano fundamental". En esta materia hubo una evolución en cuestiones terminológicas, ya que cuando el auge del Estado liberal se habló de derechos individuales, luego de derechos fundamentales, posteriormente de derechos constitucionales y, más modernamente, de derechos humanos. Quiero manifestar que estas terminologías no encierran conceptos totalmente coincidentes, pero debo advertir que el más corrientemente utilizado en los últimos tiempos es el término derechos humanos o derechos fundamentales. En este caso que estamos considerando se habla de derecho humano fundamental y, a mi juicio, esto genera un problema. Es cierto que, en ese sentido, este proyecto de ley no innova puesto que tenemos un antecedente en el artículo 47 de la Constitución de la República, que habla del acceso al agua potable y al saneamiento como un derecho humano fundamental. A mi juicio, se trata de los artículos peor redactados en nuestra historia constitucional. De acuerdo con esa terminología, advertimos que algunos derechos humanos son fundamentales y otros, no. Por ejemplo, el derecho al acceso al agua potable y al saneamiento es un derecho humano fundamental, pero no así el derecho a la vida. En consecuencia, personalmente sugeriría ajustar esta terminología y hablar de derechos humanos o de derechos fundamentales, pero no de derecho humano fundamental.

En lo que tiene que ver con el contenido de esta disposición, vale recordar que establece que el derecho a la protección de datos personales es inherente a la persona humana según lo reconoce el artículo 72 de la Constitución de la República. Entiendo muy bien qué es lo que se quiere decir y, si no estoy equivocado, comparto su finalidad pero creo que está mal redactado. Si leemos atentamente el artículo 72 de la Carta, advertimos que no reconoce que la protección de datos personales sea un derecho humano. En concreto, hace la enumeración de los derechos, deberes y garantías sin excluir a los inherentes a la personalidad humana o se deriven de la forma republicana de gobierno. Lo cierto es que no menciona para nada la protección de datos personales. En cualquier caso, sí considero que la protección de datos personales es un derecho inherente a la personalidad humana. Por lo tanto, sugeriría la siguiente redacción: "El derecho a la protección de datos personales es inherente a la persona humana, por lo que está comprendido en el artículo 72 de la Constitución de la República".

Por otro lado, adelanto que estoy de acuerdo con el artículo 2º, respecto del cual señalo que tiene un aspecto muy importante al incluir a las personas jurídicas. Hago esta apreciación porque está relacionada con la terminología que se emplee en el "nomen juris" y con el contenido de este artículo, al vincular el tema con los derechos inherentes a la personalidad humana. ¿Por qué? Si en el curso de la discusión se pierde esta referencia a las personas jurídicas, podemos llegar a tener un problema si mantenemos la redacción del artículo 1º. ¿Por qué? Hay un sector que sostiene que las personas jurídicas no tienen derechos humanos. Entonces, si no mantenemos la referencia a las personas jurídicas, su protección de datos no queda amparada por este proyecto de ley. Me encuentro en otro sector de la doctrina, que entiende que los derechos humanos pueden ejercerse a través de personas jurídicas que, en definitiva, son un instrumento a través del cual el hombre alcanza determinados objetivos que no podría lograr por su sola fuerza. En todo caso, admito que es un tema discutible. Quiere decir que el artículo 2º elimina toda discusión sobre el punto. Está muy claro que las personas jurídicas no tienen datos personales a proteger como las personas físicas. Me cuesta pensar en la inclinación sexual de las personas jurídicas, pero sí está su honor comercial, el cual debe ser tutelado por esta iniciativa. De manera que la observación que formulo en torno al artículo 2º no es para que se lo modifique sino, por le contrario, para que se lo mantenga tal como está y, de ese modo, evitar problemas en el futuro.

SEÑORA PRESIDENTA.- Me parece pertinente hacer una consulta. El Instituto de Derecho Informático nos ha sugerido, para este artículo, una modificación que no cambia el concepto, pero, de todas formas, quiero realizar la consulta. Ellos nos proponen como *nomen juris*, "Ámbito subjetivo" y el texto que nos sugieren es: "El derecho a la protección de los datos personales, se aplicará por extensión de lo pertinente a las personas jurídicas". Creo que contempla todo lo que expresó el doctor Durán Martínez que, como muy bien dijo, hay algunos elementos que son inherentes a las personas jurídicas.

SEÑOR DURÁN MARTÍNEZ.- Sin duda, esa redacción no crea problemas en cuanto a la aplicación de la ley porque lo hace por extensión, pero sí toma partido por una posición doctrinaria sobre el punto, ya que hay quienes sostienen que los derechos humanos se pueden ejercer a través de las personas jurídicas. De manera que, al hablar de "por extensión" se está tomando partido por la segunda opción. Creo que, tal como está redactado no ofrece riesgos; por lo tanto, prefiero que quede tal como está redactado, pero, obviamente, es un tema discutible.

En cuanto al artículo 3º, debo señalar que esta ley tiene un objeto muy amplio con algunas exclusiones, las que aparecen en tres literales del artículo 3.2; las que figuran en los literales a) y b) son corrientes en el Derecho Comparado y no tengo ninguna objeción. Sí me preocupa la del literal c) porque puede provocar exclusiones que no corresponden.

Pienso que si una ley posterior lo excluye y se estudia expresamente la razón de esa exclusión, esta podría ser aceptable pero, si no ponemos esto, creo que se favorece la situación o protección de este derecho, porque puede ser atacado por interpretación de leyes especiales. De manera que, personalmente, preferiría suprimir el literal c).

El artículo 9º, refiere al principio del previo consentimiento informado. Esto es correcto y normal en el Derecho Comparado; hay algunas exclusiones que son también normales en el Derecho Comparado. Me preocupa, sí, el literal b), por lo menos en parte, porque no tengo objeciones a la referencia de obligación legal pero sí a las funciones propias de los Poderes del Estado. No tengo

objeciones a la referencia de obligación legal, pero sí a las funciones propias de los Poderes del Estado; aclaro que no me estoy refiriendo a las funciones del Poder Judicial, sino a las del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo. Allí puede verse una vía por la cual se podría atentar contra este derecho a la protección de datos personales. Me parece que esta excepción genérica puede prestarse a abusos no queridos, hablando desde el punto de vista de la interpretación que hago de la filosofía del proyecto de ley.

Con respecto al artículo 15, tengo dos observaciones para realizar; una de ellas se relaciona con el texto del primer inciso y la otra con el *nomen juris*.

En el primer inciso se dice que toda persona física o jurídica tendrá derecho a solicitar la rectificación, actualización o supresión de los datos personales que le corresponda, incluidos en una base de datos, al constatarse error o falsedad. A mi entender, esto es demasiado limitativo, porque no es solamente al constatarse error o falsedad; pueden existir datos ciertos que sean especialmente protegidos -artículos 18 y siguientes- y que la protección también debe alcanzar. Por eso, a mi entender, debería ajustarse la redacción de manera que no solamente se hable de “error o falsedad”, sino que se contemple también aquellos datos especialmente protegidos.

Como dije antes, la otra observación que tengo se relaciona también con este primer inciso y refiere al “nomen juris”. Concretamente, pienso que a la rectificación, actualización o supresión, se debería agregar la inclusión - y puede parecer raro, pero se trata de algo muy novedoso, que figura en las más modernas legislaciones- porque puede haber una exclusión, que significa discriminación; entonces, éste puede ser un instrumento para la inclusión, a fin de poder reparar esa discriminación. A los efectos de una mejor comprensión, voy a citar un ejemplo. En mi caso, soy profesor de Derecho Administrativo; supongamos que a alguien se le ocurre crear un registro privado de profesores de Derecho Administrativo del país y ponerlo a disposición de cualquier persona que desee consultar. Imaginemos que quien habla no figura en ese registro, simplemente porque al dueño del registro se le ocurrió que no figure. En ese caso, tengo derecho a utilizar este instrumento para que mi nombre esté incluido en el registro. Esto es algo que ya existe en el mundo.

Estamos hablando, pues, de un “habeas data” al revés, no para suprimir un dato, ni siquiera para completarlo, sino para agregar o incluir un nombre que debería figurar en un registro, cuando no se dan las condiciones objetivas para que así sea.

El artículo 23 comienza con una prohibición de transferencia de datos personales con países. Luego, en el segundo inciso, se establecen excepciones, diciéndose que no regirá la prohibición en los supuestos que se mencionan en los literales. El literal a) alude a la cooperación judicial internacional y, personalmente, participo de esta limitación. Sin embargo, creo que la redacción debería ser un tanto más precisa, a fin de evitar equívocos. En este caso, no debe regir esa prohibición, pero debe ajustarse al Tratado. ¿Por qué? Porque en la cooperación judicial internacional -nuestra República ha firmado muchos Tratados bilaterales, además de Convenciones multilaterales- el tema no está tratado siempre de la misma manera. Por lo tanto, esta excepción -en cada Tratado- debe jugar en la forma en que está regulada en el mismo Tratado. En definitiva, esto no debe aparecer como una derogación de las especificidades de cada Tratado, porque podrían surgir problemas.

Entonces, manteniéndose -naturalmente- esta prohibición, habría que aclarar que esa tramitación debe efectuarse conforme al respectivo instrumento internacional, ya sea un Tratado, una Convención o lo que fuere.

Paso a referirme al Capítulo relativo al órgano de control; concretamente, al literal b) del artículo 32. Allí se establece: “Dictar las normas y reglamentaciones que se deben observar en el desarrollo de las actividades comprendidas por esta ley.”En realidad, las reglamentaciones son normas; de manera que la redacción es redundante pero, de todos modos, hay aspectos que me preocupan más.

Las unidades reguladoras, son instituciones que están muy en boga en el mundo de hoy -son de larga data, provienen del Derecho anglosajón y, básicamente, se han expandido en la Europa

continental y en el resto de América, a medida que ha ido avanzando el derecho de la competencia- y que regulan la actividad del sector público y privado de la materia en la que compiten. Entonces, estamos hablando de una regulación para la competencia. Debemos tener en cuenta que estas unidades reguladoras deben ajustarse al marco del Derecho Constitucional de cada país.

En lo personal, no me opongo a que el aspecto relativo al control esté encarado de la manera que lo plantea este proyecto de ley, pero lo relativo a la regulación es diferente. Regular significa dictar normas que son limitativas de la actividad privada y, de acuerdo a la Constitución, esto requiere ley o ley habilitante. En realidad, la ley habilitante solamente faculta a quien puede dictar ese tipo de normas y, de acuerdo al numeral 4º) del artículo 168 de la Constitución, solo el Poder Ejecutivo puede hacerlo. De manera que esta actividad normativa o de regulación debería encararse como preparatoria porque, en definitiva, estas normas las debe aprobar el Poder Ejecutivo a través de reglamentos de ejecución.

Este es un defecto, no el único en este proyecto de ley, porque en algunos de los artículos que refieren a la competencia de las unidades reguladoras actualmente vigente, también contienen disposiciones similares que he objetado por esa razón.

El artículo 33 se refiere a las potestades sancionatorias y mis objeciones se centran en el numeral 3. Aquí, el proyecto de ley no innova, sino que recoge en forma textual la redacción vigente, salvo el cambio de denominación del órgano, que ya no es el Ministerio de Economía y Finanzas. Aclaro que estas observaciones u objeciones que voy a realizar en su momento también las hice al texto vigente. En este numeral 3 se habla de clausura por un lapso de seis días y, en este sentido, quiero señalar que una clausura temporaria no es tal, sino que es una suspensión. Entonces, aquí hay un defecto en la terminología adoptada. Advierto que se habla de clausura en dos oportunidades: al principio y luego en la segunda línea.

Más adelante se hace referencia a la clausura de personas físicas y debo decir que las personas físicas no se clausuran ni se suspenden; lo que se puede clausurar o suspender es la actividad de la persona. Por lo tanto, aquí también habría que hacer un ajuste terminológico.

Los otros incisos de este numeral 3 presentan otros problemas. Tal como está planteado esto presupone, primero, un procedimiento administrativo y, segundo, uno de tipo jurisdiccional. Como este procedimiento administrativo no está reglado, parto de la base que se aplica el sistema común regulado básicamente por el Decreto Nº 500, con la plena aplicación del principio del debido procedimiento.

Posteriormente, la aplicación de la medida requiere de la intervención del Juez y supongo -aunque no se dice- que se trata de un procedimiento jurisdiccional que, en función de los grandes principios que rigen la materia, debería contar con la intervención de la otra parte. Como esta disposición establece también que la clausura deberá decretarse dentro de los tres días siguientes a aquel en que la hubiere solicitado la AGESIC, desconozco cómo se puede dar intervención a la otra parte si, reitero, la clausura debe hacerse en tan corto lapso. Pienso que en este punto debería hacerse un replanteo a los efectos de contemplar las garantías del debido procedimiento. Tal vez debería repensarse la parte administrativa, para asegurar la comparecencia del eventual infractor y también, quizá, lo que tiene que ver con el procedimiento jurisdiccional.

Estas falencias son las mismas que existen en el texto vigente; este proyecto de ley no innovó en nada, repito, salvo el nombre. Por lo tanto, surgen problemas prácticos en los procedimientos administrativos y jurisdiccionales que me parece es momento de solucionar.

La última observación que voy a hacer refiere a los artículos 35 y 36. Es simplemente para que en estos dos artículos se prevea la hipótesis de la inclusión, tal como sugerí respecto al artículo 15. Si también en esta disposición agregamos la hipótesis de la inclusión, por razones de coherencia deberíamos hacer lo propio en los artículos 35 y 36, que refieren al hábeas data.

Prometí ser breve y he culminado.

SEÑORA PRESIDENTA.- Realmente, su exposición ha sido breve, pero muy clara. Le agradecemos mucho los diferentes aportes que nos ha hecho porque, si bien queremos aprobar cuanto antes este proyecto de ley, los elementos que nos ha sugerido indudablemente lo van a mejorar.

Nuevamente le agradecemos su presencia y le reiteramos nuestras disculpas por la demora.

Se levanta la sesión.

(Así se hace. Es la hora 14 y 03 minutos)